

Senat II der Gleichbehandlungskommission**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über den Antrag von Herrn X. (in der Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, durch Y (in der Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, erkannt:

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Antragsgegnerin liegt nicht vor.

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Antragsgegnerin liegt nicht vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Der Antragsteller brachte im Wesentlichen vor, dass er sich auf eine Ausschreibung um die Stelle eines EDV-Gruppenleiters bei der Antragsgegnerin beworben und schriftlich eine Absage der Antragsgegnerin erhalten habe. Auf Grund der Ausschreibung sei nicht erkennbar gewesen, dass eine Person einwandfreies Deutsch sprechen müsse und ein bestimmtes Alter nicht überschreiten dürfe.

Er selbst sei 1954 in der heutigen geboren und seit 2006 Österreichischer Staatsbürger. Bei seinem gesprochenen Deutsch sei seine nichtdeutsche Muttersprache deutlich hörbar.

Bei seinem bei der Antragsgegnerin absolvierten Bewerbungsgespräch wäre ihm mitgeteilt worden, dass es weitere Bewerbungen gebe und er in Kürze eine Einladung zur nächsten Bewerbungsrunde erhalten werde. Anstelle der erwarteten Einladung sei jedoch ein Absageschreiben der Antragsgegnerin erfolgt. Bei seiner telefonischen Nachfrage nach den dafür maßgeblichen Gründen sei ihm unter anderem mitgeteilt worden, dass nicht nur er, sondern auch andere Kandidaten die gestellten Anforderungen erfüllt hätten.

Er vermute eine diskriminierende Behandlung seiner Person gegenüber anderen Kandidaten und ersuche um Überprüfung, ob er von der Antragsgegnerin bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses auf Grund seines Alters und seiner ethnischen Zugehörigkeit diskriminiert worden sei.

Die Antragsgegnerin legte in ihrer schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen dar, dass im Rahmen der Besetzung des Dienstpostens eines EDV-Organisators als EDV-Gruppenleiter ein zweistufiges Auswahlverfahren vorgesehen gewesen sei, das aus einem EDV-Fachtest und einem Hearing mit den erfolgreichen Kandidaten konzipiert gewesen sei. Insgesamt seien 18 Bewerbungen, davon 15 externe für die in Rede stehende Position eingelangt, weswegen eine Liste der BewerberInnen nach verschiedenen Kriterien - u.a. auch nach dem Kriterium Alter - erstellt worden sei, letzteres wäre jedoch, ebenso wie die Nationalität, nicht als Ausschlussmerkmal herangezogen worden.

Der Antragsteller sei der einzige Bewerber mit ...-Erfahrung gewesen, weshalb gerade in seine Bewerbung große Hoffnung gelegt worden sei. Er sei als erster Bewerber zur Vorauswahl durch die Direktion gebeten worden und ihm wäre – wie allen anderen BewerberInnen – erklärt worden, dass ein zweistufiges Auswahlverfahren geplant sei und im Falle eines positiven Verlaufs des Vorstellungsgesprächs eine weitere Einladung erfolgen werde.

Nach einem anfänglich sympathischen und positiven Einstieg hätte der Antragsteller jedoch im weiteren Verlauf des Gespräches einen zunehmend befremdenden Eindruck hinterlassen, was schließlich dazu geführt hätte, dass aufgrund der

erreichten Überlänge des Gespräches der Direktor ausdrücklich und mit Vehemenz das Gespräch für beendet erklären hätte müssen. In der Folge wären die auswählenden Personen einhellig zur Auffassung gelangt, dass eine durch die Person des Bewerbers bedingte Nichteignung vorliege.

Der Antragsteller verfüge über sehr gute Deutschkenntnisse – seine unzureichende Kommunikationsfähigkeit wäre darin gelegen, dass er nicht auf die ihm gestellten Fragen eingegangen sei, den Interviewern ins Wort gefallen wäre, sich selbst jedoch nicht hätte unterbrechen lassen sowie langatmig über allgemeine Erklärungen monologisiert habe.

Schriftliche Unterlagen über die von ihm in seiner Bewerbung behaupteten Aktivitäten hätte der Antragsteller hingegen nicht vorlegen können.

Nach der seitens der Personalabteilung ergangenen Absage hätte sich der Antragsteller mit der Direktion telefonisch in Verbindung gesetzt und – vorerst noch freundlich - eine Erklärung für die Absage verlangt. Im Zuge dieses Telefonats mit Frau ... hätte der Antragsteller jedoch zunehmend aggressiv reagiert und ihr vorgeworfen, dass sie seine Einstellung verhindert habe. Deren Erklärung, dass die Entscheidung einvernehmlich ergangen sei, wäre vom Antragsteller nicht akzeptiert worden. Er hätte u.a. von einem „unmenschlichen Umgang“ gesprochen und weitere „Recherchen“ bezüglich der von ihm erhobenen Behauptung, dass nicht autorisierte Personen die antragsgegenständliche Entscheidung getroffen hätten, angekündigt.

Der antragsgegenständliche Posten sei schließlich mit einer internen Bewerberin besetzt worden, nachdem 4 externe Personen, die zum Fachtest eingeladen worden wären, diesen nicht positiv absolviert hätten.

Die Entscheidung gegen den Antragsteller wäre seitens der Antragsgegnerin weder auf Grund des Alters noch auf Grund der Nationalität des Antragstellers erfolgt, sondern man hätte sich mit großem Arbeitsaufwand um eine Objektivierung der Kriterien und die bestmögliche Besetzung des Dienstpostens bemüht und eine „einfühlsame und zugängliche Führungspersönlichkeit“ gesucht, die im Antragsteller nicht hätte gefunden werden können.

Der Antragsteller ergänzte anlässlich seiner Befragung, dass er als gut ausgebildeter Spezialist nach Österreich gekommen sei, bei seinen Bewerbungen jedoch trotz seiner Qualifikation auf allgemeine Ablehnung stoße.

Beim Vorstellungsgespräch bei der Antragsgegnerin wäre ihm – entgegen der Darstellung in der schriftlichen Stellungnahme – „per Handschlag zugesichert“ worden, dass er eine Einladung zur „zweiten Runde“ erhalten werde.

Der Beginn des Bewerbungsgespräches sei seiner Einschätzung nach sehr positiv gewesen – er wäre als „Topkandidat“ behandelt worden. Probleme hätten sich ergeben, als der Direktor nach Nachweisen seiner Tätigkeiten in Führungspositionen gefragt hätte. Er vertrat gegenüber dem erkennenden Senat die Auffassung, dass der Arbeitgeber in einem solchen Fall „interkulturelles Verständnis“ haben müsse und von ihm kein Zeugnis aus „vergangenen Jahren in einem anderen Land“ erwarten könne.

In der Folge hätte der Direktor Frau beauftragt, das weitere Gespräch in seiner Anwesenheit als „Vier-Augen-Gespräch“ zu führen, in diesem Stadium sei das Gespräch dann an der Frage des Umgangs mit einer schwierigen Mitarbeiterin hängen geblieben, welche er „allgemein und konkret“ beantwortet und dabei nicht das Gefühl gehabt hätte, „zu viel“ geredet zu haben.

Die explizite Frage, ob während des Vorstellungsgespräches sein Alter oder seine ethnische Zugehörigkeit von einem/r der beiden Vertreter/innen der Antragsgegnerin thematisiert worden sei, verneinte der Antragsteller, legte gegenüber dem Senat aber dar, dass so etwas seines Erachtens die „auf indirekte Art und Weise laufe“. „Das Ganze“ sei seiner Einschätzung nach eine „psychologische Sache“, aus „gewissen Nebensächlichkeiten könne man sich dann schon ein Bild machen“.

Er gehe daher davon aus, dass man – wenn man sich gedacht hätte, dass er auf Grund seiner sprachlichen Fähigkeiten nicht geeignet sei – „ihm dies nicht gesagt hätte, weil man das nicht dürfe“ und ihn daher zur nächsten Runde eingeladen – und trotzdem „im selben Moment“ eine Absage getätigt habe. Daher sehe er auch in dem in der Folge an ihn ergangenen Absageschreiben eine „ausländerfeindliche Handlung“.

Auch die Frage, ob Frau ... in dem nach Erhalt des Absageschreibens mit ihr geführten Telefonat seine Muttersprache kritisiert hätte, verneinte der Antragsteller.

Der Vertreter der Antragsgegnerin, Herr Z., führte gelegentlich seiner Befragung aus, dass die Antragsgegnerin ein mehrstufiges Auswahlverfahren durchgeführt hätte, an dem er selbst in der letzten Phase auch teilgenommen habe – zu jenem Zeitpunkt

wäre der Antragsteller allerdings aus dem Verfahren bereits ausgeschieden gewesen, weshalb er ihn auch nicht persönlich kennengelernt habe. Die für die ausgeschriebene Stelle ausgewählte Person sei 45 Jahre alt.

Die Kommunikationsfähigkeit sei - auch im Hinblick auf das Führungsleitbild der Antragsgegnerin – für die in Rede stehende Führungsposition von großer Relevanz. Geschlecht, Alter und Nationalität spielten hingegen für die Antragsgegnerin überhaupt keine Rolle.

Der als Auskunftsperson geladene Direktor erläuterte bei seiner Befragung, dass auf Grund der vielfältig erforderlichen Zusammenarbeit mit unterschiedlichen Partnern die ausgeschriebene Position einen höchst kommunikativen Aspekt habe. Der Antragsteller habe sehr gut Deutsch gesprochen, allerdings sei er im Vorstellungsgespräch auf die ihm gestellten Fragen viel zu wenig eingegangen und sei „im Gespräch immer wieder weggeglitten, es sei sehr schwer gewesen, die Sache mit ihm auf den Punkt zu bringen“. Im Hinblick darauf seien er und seine Stellvertreterin sich völlig einig gewesen, dass der Antragsteller die Fähigkeiten „Führungspotential“ bzw. „Kommunikationsfähigkeit“ leider überhaupt nicht gezeigt hätte.

Ferner habe der Antragsteller im Gespräch auch seine in der - sehr interessanten - Bewerbung behaupteten Aktivitäten nicht durch entsprechende Unterlagen nachweisen können, weshalb dieser Umstand zusammen mit der mangelnden Kommunikationsfähigkeit des Antragstellers zu seinem Ausscheiden aus dem Bewerbungsprozess geführt habe, zumal auch auf Grund von dessen langer Arbeitslosigkeit der Verdacht bestanden habe, dass seine fachlichen Hintergründe möglicherweise auch nicht besonders aktuell sein könnten.

Frau ... führte anlässlich ihrer Befragung als Auskunftsperson aus, dass der Antragsteller langatmig über seine Vortätigkeiten erzählt habe, alles sehr allgemein formuliert habe und sich mit konkreten Fragen so gut wie überhaupt nicht unterbrechen habe lassen. Auch habe ihn das, was ihn in dem in Rede stehenden Job erwarten würde, so gut wie überhaupt nicht interessiert, sondern er habe monoton immer wieder gemeint, dass „das alles kein Problem“ sei.

Auch die von ihm mitgeführte Mappe mit Unterlagen habe er in Gegenwart beider Interviewer minutenlang durchgeblättert, ohne diesen jedoch auch nur eine der darin enthaltenen Unterlagen vorzulegen.

In dem dem Absageschreiben folgenden Telefonat habe sie ihm seine Frage nach dem Grund der Absage zwar beantworten wollen, sei aber nicht dazu gekommen, weil er so wie beim Vorstellungsgespräch seiner Frage einen langatmigen Monolog angeschlossen hätte, der immer persönlicher und immer aggressiver geworden sei und in dem auch die Anschuldigung in den Raum gestellt worden sei, dass „nichtautorisierte“ Personen namens der Antragsgegnerin Entscheidung getroffen hätten.

Das Alter und der Hintergrund des Antragstellers – beides schon aus der schriftlichen Bewerbung erkennbar – hätten keine Gründe für die Entscheidung gegen den Antragsteller dargestellt. Dieser wäre möglicherweise auf Grund der Aussage zu Beginn des Bewerbungsgesprächs, dass seine Bewerbung besonders positiv aufgefallen sei, fälschlicherweise davon ausgegangen, dass er die ausgeschriebene Position erhalten werde.

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, lauten:

"§ 17. (1) Auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit**, der Religion oder Weltanschauung, **des Alters** oder der sexuellen Orientierung darf in Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

...

1. bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses

"§ 19. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe

angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

Vor der rechtlichen Qualifikation des im Verfahren erhobenen Sachverhaltes durch den begutachtenden Senat ist zum Gleichbehandlungsgesetz zunächst allgemein zu erläutern, dass eine seiner wesentlichen Zielsetzungen in der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt liegt!

Im Hinblick auf das Ziel der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt für alle Arbeitnehmer/innen ist es daher für jede/n Arbeitgeber/in erforderlich, sich eine allenfalls vorhandene negative Stereotypisierung von bestimmten Personengruppen bewusst zu machen.

Das Diskriminierungsverbot des § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG begründet keinen Anspruch auf die Begründung eines bestimmten Arbeitsverhältnisses, sondern konkretisiert vorvertragliche Sorgfaltspflichten, die ein anerkanntes Element des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips darstellen und bei deren Verletzung als Rechtsfolge Schadenersatzansprüche zugunsten der diskriminierten Person vorgesehen sind. Dieses Diskriminierungsverbot ist extensiv zu interpretieren, alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehenden Vorgänge sind hiervon umfasst.

In einem Verfahren vor einem Senat der Gleichbehandlungskommission soll grundsätzlich nicht das jeweilige Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines Bewerbers oder einer Bewerberin geführt hat, transparent, objektiv und sachlich nachvollziehbar war.

Zur Frage der Beweislastverteilung ist vorzuschicken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungsstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 beruft, diesen glaubhaft zu machen hat.

Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 17 oder 18 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt.

Der Begriff „Alter“ wurde vom Gesetzgeber nicht näher definiert, es ist aber im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm davon auszugehen, dass das Anknüpfen an *jedes* Lebensalter grundsätzlich diskriminierend sein kann, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe dafür vorliegen (*vgl. auch Rebhan, Kommentar zum GlbG, Seite 442*), was jedoch im antragsgegenständlichen Verfahren nicht relevant war.

Gemäß § 20 Abs. 1 GIBG kann das Alter nur dann ein zulässiges Differenzierungsmerkmal sein, wenn es auf Grund einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Grundsätzlich kann aber beispielsweise kein legitimer Zweck in einem unternehmerischen Konzept gesehen werden.

Der Senat sah sich auf Grund der durchgeführten Befragungen mit dem Umstand konfrontiert, dass der Antragsteller im mündlichen Teil des durchgeführten Verfahrens keine seine Behauptung, auf Grund des Alters bzw. der ethnischen Zugehörigkeit diskriminiert worden zu sein, erhärtenden Umstände ins Treffen führen konnte, zumal er ja selbst davon ausging, dass die Sache eine „psychologische Angelegenheit“ sei und man „aus gewissen Umständen“ – die er allerdings dem Senat nicht näher darlegen konnte - auf eine Diskriminierung seiner Person aus den von ihm im Antrag relevierten, jedoch auch dort nicht näher ausgeführten Gründen schließen könne.

Die von der Antragsgegnerin vorgebrachte Argumentation, dass weder das Alter noch die ... Herkunft des Antragstellers für die Ablehnung seiner Bewerbung maßgeblich waren, sondern dass diese auf Grund seiner Persönlichkeit in Verbindung mit dem nicht erfolgten Nachweis seiner behaupteten Qualifikationen erfolgte, erschien dem Senat auf Grund des vom Antragsteller in der Befragung gewonnenen Gesamteindruckes durchwegs glaubwürdig und auch nachvollziehbar, weshalb in der Ablehnung der Bewerbung des Antragstellers kein diskriminierendes Handeln seitens der Antragsgegnerin erkannt werden konnte.

Festzuhalten ist an dieser Stelle auch der vom erkennenden Senat gewonnene Eindruck der Durchführung eines sachlichen und transparenten Auswahlverfahrens seitens der Antragsgegnerin für die antragsgegenständliche Position.

Im Sinne der Beweislastregeln des GIBG ist es daher dem Antragsteller nicht gelungen, die von ihm im Antrag behauptete Diskriminierung auf Grund des Alters bzw. der ethnischen Zugehörigkeit durch die Antragsgegnerin dem erkennenden Senat glaubhaft zu machen.

Der erkennende Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass keine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses und auch keine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin vorliegen.